

Tilburg University

Verzekeringscaptives

Weterings, W.C.T.

Published in:
Het Verzekerings-archief

Publication date:
2012

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Weterings, W. C. T. (2012). Verzekeringscaptives: Een potentieel efficiënte manier van financiering en beheersing van risico's voor ondernemingen. *Het Verzekerings-archief*, 89(4), 149-157.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De droevige toekomst van pensioen

Kostentransparantie bij pensioenfondsen: de huidige status

Verzekeringcaptives: een potentieel efficiënte manier van financiering en beheersing van risico's voor ondernemingen

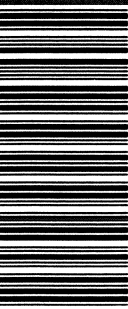
Een onderzoek naar de doelmatigheid voor de gebruiker van het benoemen van niet-financiële risico's in jaarverslagen van AEX-beursfondsen

Productiemeting bij schadeverzekeraars

4] Het Verzekerings-Archief

Tijdschrift voor Verzekeringswetenschap

Jaargang 89, 4e kwartaal 2012



10181836

Verzekeringscaptives: een potentieel efficiënte manier van financiering en beheersing van risico's voor ondernemingen

Mr. dr. W.C.T. Weterings

Er bestaat veel onduidelijkheid over de precieze betekenis van een verzekeringscaptive, de voor- en nadelen en de effecten voor risicobeheersing en risicofinanciering. Deze bijdrage beoogt daar meer duidelijkheid in te brengen en te laten zien dat onder bepaalde omstandigheden een verzekeringscaptive belangrijke efficiëntie-effecten kan hebben en onder meer een positief effect heeft op het moreel risico en de adverse selectie.

1. Inleiding

Een verzekeringscaptive is een eigen verzekeringsmaatschappij van een onderneming. De captive wordt opgericht door de moedervernootschap en verzekert alle of enige risico's van de moedervernootschap en/of andere vennootschappen binnen een concern.¹ Het doel van het gebruik van een captive is, evenals bij het afsluiten van verzekeringen bij een gewone verzekeraar, het verplaatsen van risico's (potentiële financiële verliezen) teneinde voor de onderneming meer zekerheid en voorspelbaarheid te creëren. Verzekeringscaptives functioneren ook in grote mate op dezelfde wijze als commerciële verzekeraars. Zij moeten ook een vergunning hebben, zijn onderworpen aan toezichtwetgeving, geven een verzekeringspolis af, innen een premie voor het overnemen van risico's, doen uitkeringen enz.²

De verzekeringscaptive is opgekomen in de Verenigde Staten in de jaren 70 van de vorige eeuw toen de premiekosten hoog waren en sommige risico's (zoals productaansprakelijkheid en product recall) moeilijk verzekeraar waren.³ Bijna alle grote ondernemingen in de Verenigde Staten hebben thans een eigen verzekeringsmaatschappij. Van de ondernemingen in de S&P 500 zou 80% een captive hebben. Inmiddels hebben ook veel beursvennootschappen in Nederland een verzekeringscaptive (zoals Heineken, ING, Philips, Unilever, Akzo Nobel en DSM) alsook enige andere grote ondernemingen die niet aan de beurs zijn genoteerd maar eveneens een uitgebreide verzekeringsportefeuille hebben, zoals

de Nederlandse Spoorwegen. Ook middelgrote ondernemingen richten vaker een verzekeringscaptive op (zoals woningcorporaties). De reden daarvoor is dat verzekering via een eigen captive in bepaalde omstandigheden efficiëntievoordelen voor een onderneming kan opleveren in het kader van risicomanagement en risicofinanciering ten opzichte van verzekering bij een gewone verzekeraar.

Ofschoon er wereldwijd meer dan zesduizend verzekeringscaptives blijken te zijn en veel Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen over een eigen captive beschikken, is de verzekeringscaptive met een zekere mystiek omgeven en wordt de captive geregeld over het hoofd gezien als risicomanagement- en financieringsoptie dan wel verkeerd begrepen. Er bestaat namelijk veel onduidelijkheid over de precieze betekenis van een verzekeringscaptive, de voor- en nadelen en de effecten voor risicobeheersing en risicofinanciering. Deze bijdrage beoogt daar meer duidelijkheid in te brengen en te laten zien dat onder bepaalde omstandigheden een verzekeringscaptive belangrijke efficiëntie-effecten kan hebben en onder meer een positief effect heeft op het moreel risico en de adverse selectie. Teneinde meer informatie over verzekeringscaptives en hun werking te krijgen, zijn naast bestudering van literatuur tevens vraaggesprekken gevoerd met de directeur van een verzekeringscaptive van een Nederlandse multinational alsmede met vertegenwoordigers van twee grote verzekeringsmakelaars/adviesbureaus in risicomanagement die vaak betrokken zijn bij de oprichting en het beheer van een captive.

Wim Weterings is advocaat bij Dirkzwager Advocaten & Notarissen, sectie Aansprakelijkheid, Schade en Verzekering, Universitair Docent aan de Universiteit van Tilburg, vakgroep Business Law en gastprofessor aan de Universiteit Antwerpen, vakgroep Burgerlijk Recht. Met dank aan mr. I.A.J. Noppert voor haar betrokkenheid bij het vooronderzoek en haar opmerkingen naar aanleiding van een eerdere versie van dit artikel.

1 W.J. van Breukelen e.a., 'Specifieke vormen en technieken van risicofinanciering en risico-overdracht', in: P.J.W. Duffhues (red.), *Financiering, belegging en verzekering: Convergentie van financiële markten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 87. Zie ook E. Banks, *Alternative risk transfer, integrated risk management through insurance, reinsurance and the capital markets*, Chichester: John Wiley & Sons 2004, p. 226 en 88-101 en P.A. Bawcutt, *Captives insurance companies. Establishment, operation and management*, Cambridge: Woodhead-Faulkner 1991.

2 J.D. Adkisson, *Captive insurance companies: An introduction to captives, closely-held insurance companies, and risk retention groups*, Lincoln: iUniverse 2006, p. 1.

3 International Association of Insurance Supervisors, *Issues Paper on the Regulation and Supervision of Captive Insurance Companies*, 2006, p. 6.

Hierna wordt eerst beschreven welke soorten verzekeringscaptive's er zijn (par. 2). Daarna wordt nader ingegaan op de mogelijke redenen voor het oprichten van een captive: de potentiële kostenvoordelen die kunnen worden gerealiseerd (par. 3), de gunstige invloed op het moreel risico en de adverse selectie (par. 4), en enige andere voordelen, zoals meer flexibiliteit bij de verzekeringsvoorwaarden en de schaderegeling (par. 5). Vervolgens komen de nadelen van een captive aan bod (par. 6). De oprichting en instandhouding gaan met kosten gepaard en er dient te worden voldaan aan de strenge toezichtwetgeving, zodat de captive bij een kosten-baten afweging niet voor iedere onderneming geschikt is. Aansluitend wordt nog ingegaan op de toepasselijkheid van titel 7.17 BW op captives (par. 7), hetgeen mijns inziens een efficiënte risicobeheersing en effectief risicomanagement via de captive ondersteunt. Er wordt afgesloten met een korte conclusie (par. 8).

] 2. Verschillende soorten captives

Als een moedermaatschappij besluit om een 100% verzekeringsdochter op te richten en daarin de belangrijkste risico's (van de moedervennootschap en eventueel dochter- en zustervennootschappen) onder te brengen, zijn er twee mogelijkheden. Een captive kan als directe verzekeraar en als herverzekeraar optreden.⁴ De laatste mogelijkheid komt het meeste voor.

In geval van een herverzekeringscaptive verzekert een gewone verzekeraar (de zogenaamde 'fronting insurance company') in eerste instantie de risico's van een onderneming.⁵ Het bedrijf betaalt een verzekeringspremie aan deze frontende verzekeraar.⁶ Deze verzekeraar geeft de verzekeringspolis af en neemt bij verwezenlijking van een risico de schadebehandeling op zich.⁷ Het verschil met gewone verzekeringen is dat de frontende verzekeraar de verzekeringspremie deels doorstort aan de captive en de risico's (groten)deels herverzekert bij de captive.⁸ Aangezien de capaciteit van een captive beperkter is dan die van een gewone verzekeraar, zal de captive

vervolgens veelal een deel van het risico weer onderbrengen op de traditionele herverzekeringmarkt. In verband met zijn dienstverlening houdt de frontende verzekeraar een percentage van de geïncasseerde verzekeringspremie achter (de 'fronting fee').⁹

Als de captive als directe verzekeraar optreedt, dan maakt hij geen gebruik van de diensten van een frontende verzekeraar. De risico's worden direct door het bedrijf bij de captive verzekerd.¹⁰ De captive incasseert de premie, geeft een verzekeringspolis af en neemt tevens de schadebehandeling voor haar verzekering. Ook dan zal de captive de risico's (groten)deels herverzekeren.

In de meeste gevallen is de moedervennootschap de enige eigenaar van de captive ('single parent captive' of 'pure captive').¹¹ Het komt echter ook voor dat ondernemingen in dezelfde bedrijfstak gezamenlijk een captive oprichten om hun gelijkwaardige risico's te verzekeren ('group captive').¹² Dit is vooral een optie als de premies bij gewone verzekeraars hoog zijn en het schadeverleden gelijkmatig is.¹³ Zo hebben enkele Amsterdamse woningcorporaties de handen ineen geslagen en een gezamenlijke herverzekeringscaptive opgericht.¹⁴ Zij hebben daar de brand- en opstalverzekeringen van circa 200 woningen in onder gebracht. Hun eerdere verzekeraar treedt thans als frontende verzekeraar op. De woningcorporaties verwachten over een periode van vijf jaar zo'n € 2 miljoen te besparen.

Een onderneming zal vaak voor het verzekeren van haar risico's zowel gebruikmaken van de eigen captive als van gewone verzekeraars.¹⁵ Niet alle risico's worden dan bij de captive ondergebracht. Traditioneel wordt een captive gebruikt voor brand- en opstalverzekeringen, bedrijfsschadeverzekeringen en de Aansprakelijkheidsverzekering Bedrijven.¹⁶ Voor andere risico's werden verzekeringen bij commerciële verzekeraars afgesloten. Tegenwoordig lopen ook andere polissen – zoals CAR-polissen, D&O-polissen en productaansprakelijkheidspolissen en product-recallpolissen – wel bij de captive, maar zelden worden alle risico's bij een captive verzekerd.

4 International Association of Insurance Supervisors, *Issues Paper on the Regulation and Supervision of Captive Insurance Companies*, 2006, p. 8.

5 International Association of Insurance Supervisors, *Issues Paper on the Regulation and Supervision of Captive Insurance Companies*, 2006, p. 9.

6 J.D. Adkisson, *Captive insurance companies: An introduction to captives, closely-held insurance companies, and risk retention groups*, Lincoln: iUniverse 2006, p. 27-28.

7 W.J. van Breukelen e.a., 'Specifieke vormen en technieken van risicofinanciering en risico-overdracht', in: P.J.W. Duffhues (red.), *Financiering, belegging en verzekering: Convergentie van financiële markten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 89.

8 P.A. Bawcutt, *Captives insurance companies. Establishment, operation and management*, Cambridge: Woodhead-Faulkner 1991, p. 33.

9 W.J. van Breukelen e.a., 'Specifieke vormen en technieken van risicofinanciering en risico-overdracht', in: P.J.W. Duffhues (red.), *Financiering, belegging en verzekering: Convergentie van financiële markten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 90. Zie ook J.D. Adkisson, *Captive insurance companies: An introduction to captives, closely-held insurance companies, and risk retention groups*, Lincoln: iUniverse 2006, p. 28.

10 P.A. Bawcutt, *Captives insurance companies. Establishment, operation and management*, Cambridge: Woodhead-Faulkner 1991, p. 33.

11 J.D. Adkisson, *Captive insurance companies: An introduction to captives, closely-held insurance companies, and risk retention groups*, Lincoln: iUniverse 2006, p. 29-30 en J.R. Parkinson, *Captives and captive management for practitioners and owners*, London: Key Haven Publications 2002, p. 241.

12 International Association of Insurance Supervisors, *Issues Paper on the Regulation and Supervision of Captive Insurance Companies*, 2006, p. 8. Zie ook J.H.G. Louwman & H.B.A. Steens, *Risicomanagement: een beheersingsmodel*, Deventer: Kluwer 1994, p. 60.

13 J.D. Adkisson, *Captive insurance companies: An introduction to captives, closely-held insurance companies, and risk retention groups*, Lincoln: iUniverse 2006, p. 31 en P.A. Bawcutt, *Captive insurance companies. Establishment, operation and management*, Cambridge: Woodhead-Faulkner 1991, p. 31-32.

14 Zie http://www.aon.com/netherlands/doelgroepen/pdf/onderlinge_herverzekeringsmaatschappij_voor_woningcorporaties.pdf.

15 E. Bloem, 'Heerlijk heldere captives', *De Beursbengel* maart 2009, p. 18.

16 International Association of Insurance Supervisors, *Issues Paper on the Regulation and Supervision of Captive Insurance Companies*, 2006, p. 8.

] 3. Potentiele kostenvoordelen

Er wordt wel gezegd dat 55-65% van de verzekeringspremie bij een gewone verzekeraar is bedoeld om claims te betalen en reserves voor toekomstige uitkeringen aan te leggen. Dit is de actuariële premie, het gedeelte van de premie dat overeenkomt met het verwachte verlies dat de verzekeringnemer wil verzekeren.¹⁷ De andere 35-45% van de premie wordt gevormd door de bedrijfskosten van de verzekeraar (zoals advertentiekosten, kantooroverheadkosten, kosten van huisvesting en inventaris, kosten van personeel, provisies aan tussenpersonen, belasting en kosten van herverzekering) en een winstopslag voor de verzekeraar.¹⁸ Een captive kan besparen op een groot gedeelte van de kosten van de verzekeraar die bovenop de actuariële premie komen en aldus een efficiëntere oplossing vormen.¹⁹ Naarmate het verschil tussen de werkelijke premie en de actuariële premie kleiner is, is namelijk een verzekeringsoplossing efficiënter en neemt de welvaart van de verzekerde onderneming toe.²⁰ Zo zijn de overheadkosten lager aangezien een captive geen verzekeringen aan het publiek verstrekt en dus minder personeel nodig heeft. Ook zal de captive vaak in een reeds gebruikt gebouw van de onderneming zijn gevestigd zodat geen/nauwelijks extra kantoorruimte hoeft te worden gehuurd. Indien gebruik wordt gemaakt van de diensten van een frontende verzekeraar met betrekking tot de afgifte van een polis, schadebehandeling en administratie, heeft de (her)verzekeringscaptive (naast het management) ook geen eigen werknemers nodig.

De winst die een commerciële verzekeraar via de premie (winstopslag) maakt op een verzekering, wordt bij een captive anders aangewend en leidt ook tot meer efficiëntie.²¹ Het bedrag dat van de premie overblijft na aftrek van de operationele kosten en de claimkosten van de captive gaat in de reserves voor toekomstige verliezen, en/of wordt als winst aan de moeder vennootschap uitgekeerd, en/of leidt tot een lagere premie. Uiteindelijk komt de winst die normaal een commerciële verzekeraar zou maken, nu ten goede aan de onderneming.²² Ook de rente en opbrengsten die worden verkregen uit de reserves en investeringen komen nu bij de captive of haar moeder-

vennootschap terecht, waar dergelijke opbrengsten bij een gewone verzekeraar naar zijn aandeelhouders gaan.²³

Een ander voordeel is dat de premie minder zal (hoeven te) fluctueren. Een captive kan gedurende lange tijd gelijke premies in rekening brengen en daarmee adequate reserves opbouwen voor het geval er schades door de verzekerde onderneming(en) worden gemeld. Een captive hoeft geen rekening te houden met de risico's van andere verzekerde bedrijven, zoals een gewone verzekeraar, en wordt minder beïnvloed door externe factoren als economische schommelingen en marktontwikkelingen. Het schadeverloop bij andere bedrijven kan de premie van een bepaalde verzekerde bij een externe verzekeraar beïnvloeden, maar ook de activiteiten van zo'n verzekeraar op de beleggingsmarkt.²⁴

De cash flow wordt in geval van een captive ook positief beïnvloed.²⁵ Premies worden op regelmatige basis voldaan, terwijl claims worden betaald over een uitgestrekte periode. Niet-gebruikte premies vloeien in de reserves van de captive. De opgebouwde schadereserves kunnen worden gespaard bij een bank en/of deels worden belegd dan wel als lening (aan de moedermaatschappij of een werkmaatschappij) worden uitgezet, waaruit winst wordt gegenereerd die binnen het concern blijft.²⁶

In geval van een (internationaal) concern krijgen men tevens op groepsniveau een beter zicht op de risico's. De risico's zitten niet meer verspreid over alle werkmaatschappijen, die mogelijk bij verschillende verzekeraars zijn verzekerd, maar alle risico's lopen via de captive. Dit brengt tevens mee dat gebruik kan worden gemaakt van de schaalgrootte en onderhandelingsmacht als men voor bepaalde verzekeringen naar de commerciële (her)verzekeringmarkt gaat. Er wordt immers meer verzekeringscapaciteit ingekocht. Bovendien zal een verzekeraar die weet dat een onderneming een captive heeft en eventueel risico's zelf kan verzekeren, meer moeite willen doen om de onderneming als klant te behouden of binnen te halen. Ook dat geeft meer ruimte voor onderhandelen over de premies en voorwaarden met die verzekeraar.²⁷

Verder is de herverzekeringmarkt alleen toegankelijk voor verzekeraars en herverzekeraars. Aangezien een captive een (her)verzekeraar is, kan hij direct een

17 L. Visscher, 'De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht', AA 2006, p. 486.

18 International Association of Insurance Supervisors, *Issues Paper on the Regulation and Supervision of Captive Insurance Companies*, 2006, p. 13.

19 F. Hale Stewart, *U.S. captive insurance law*, Bloomington: iUniverse 2011, p. 8; J.R. Parkinson, *Captives and captive management for practitioners and owners*, London: Key Haven Publications 2002, p. 10 en P.A. Bawcutt, *Captives insurance companies. Establishment, operation and management*, Cambridge: Woodhead-Faulkner 1991, p. 13. Zie ook W.J. van Breukelen e.a., 'Specifieke vormen en technieken van risicofinanciering en risico-overdacht', in: P.J.W. Duffhues (red.), *Financiering, belegging en verzekering: Convergentie van financiële markten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 91.

20 M.G. Faure, 'Verzekeringen', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2007, p. 113.

21 J.D. Adkisson, *Captive insurance companies: An introduction to captives, closely-held insurance companies, and risk retention groups*, Lincoln: iUniverse 2006, p. 3 en P.A. Bawcutt, *Captives insurance companies. Establishment, operation and management*, Cambridge: Woodhead-Faulkner 1991, p. 13-14.

22 M. Cross, W. Davidson & J. Thornton, 'The impact of captive insurer formation on the parent's firm value', *Journal of Risk and Insurance* 1986, p. 471 e.v.

23 W.J. van Breukelen e.a., 'Specifieke vormen en technieken van risicofinanciering en risico-overdacht', in: P.J.W. Duffhues (red.), *Financiering, belegging en verzekering: Convergentie van financiële markten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 91.

24 J.R. Parkinson, *Captives and captive management for practitioners and owners*, London: Key Haven Publications 2002, p. 56.

25 F. Hale Stewart, *U.S. captive insurance law*, Bloomington: iUniverse 2011, p. 8-9 en J.R. Parkinson, *Captives and captive management for practitioners and owners*, London: Key Haven Publications 2002, p. 12.

26 International Association of Insurance Supervisors, *Issues Paper on the Regulation and Supervision of Captive Insurance Companies*, 2006, p. 13.

27 J.D. Adkisson, *Captive insurance companies: An introduction to captives, closely-held insurance companies, and risk retention groups*, Lincoln: iUniverse 2006, p. 3-4. Zie ook F. Hale Stewart, *U.S. captive insurance law*, Bloomington: iUniverse 2011, p. 11-12.

herverzekering afsluiten. Dit heeft niet alleen het voordeel dat er meer risico's kunnen worden verzekerd gezien de grotere mogelijkheden op de herverzekeringsmarkt en dat het de mogelijkheid geeft tot risicospreiding, maar ook dat de kosten van verzekering lager zijn.²⁸ Herverzekeraars zijn de groothandelaren in verzekeringen en de grootste beleggers ter wereld. Zij kunnen in zeer grote mate aan risicospreiding doen en hebben minder operationele kosten dan directe verzekeraars.²⁹ Als gevolg daarvan zijn de kapitaalkosten van een herverzekeraar minder groot dan de kosten van het (extra) kapitaal dat een verzekeraar of een captive nodig zou hebben om het risico zelf te dragen. Kortom, verzekeren door een onderneming van haar risico's via de captive direct op de herverzekeringsmarkt is goedkoper dan diezelfde risico's via een gewone verzekeraar verzekeren.³⁰

Ten slotte zijn er ook belastingvoordelen bij een captive.³¹ De omvang van belastingvoordelen is afhankelijk van het land waar een captive is gevestigd, maar in het algemeen kunnen er belastingvoordelen via een captive worden behaald. Dat geldt ook voor Nederland, ondanks dat de mogelijkheden de laatste jaren zijn beperkt. Er zijn enige fiscaal (zeer) aantrekkelijke vestigingsplaatsen waar veel captives worden opgericht, zoals Bermuda, de Kaaimaneilanden, Guernsey, de Bahama's, Barbados en enige staten in Amerika (zoals Vermont).³² Het is echter de vraag of een dergelijke locatie positief is voor de reputatie van het verzekerde bedrijf. Het lijkt mij dat een Nederlandse onderneming daarom bij voorkeur in Nederland een captive opricht. Een belastingvoordeel is een belangrijk effect bij de oprichting van een captive, maar zou niet een van de belangrijkste redenen moeten vormen.³³

4. Moreel risico en adverse selectie minder grote problemen bij een captive

Een captive heeft minder last dan een gewone verzekeraar van moreel risico en averechtse selectie.³⁴ Het probleem van het moreel risico houdt in dat een verzekerde zich mogelijk onzorgvuldiger gaat gedragen vanwege de aanwezigheid van een verzekering en dat daardoor het ontstaan van het risico wordt beïnvloed.³⁵ Er zijn minder prikkels tot preventie van schade en bijgevolg neemt het risico toe. Het is echter inefficiënt en onwenselijk indien binnen het verzekerde bedrijf mogelijk niet meer de voorzorgsmaatregelen worden genomen die minder kosten dan dat zij opleveren in vermindering van de verwachte schade.³⁶

In geval van een captive zullen medewerkers van de verzekerde onderneming echter meer dan bij gewone verzekeringen worden geprikkeld worden om zich zorgvuldig te gedragen bij hun werkzaamheden en bijvoorbeeld meer veiligheids- en kwaliteitsmaatregelen nemen, nu zij weten dat de schade door het 'eigen bedrijf' wordt gedragen.³⁷ Dit geldt ook voor de verzekerde onderneming zelf.³⁸ De onderneming zal er meer naar streven en op toezien dat er optimale zorgvuldigheid binnen het bedrijf wordt betracht.³⁹ De claims worden uiteindelijk uit eigen zak betaald en optimale investeringen in veiligheid en kwaliteit betalen zich ook rechtstreeks uit in een lagere premie en/of meer winst.⁴⁰ Als een gewone verzekeraar verzoekt om veiligheids- en/of kwaliteitsmaatregelen te nemen en dat het schadeverloop gunstig beïnvloedt, dan krijgt de verzekerde onderneming soms een korting op de verzekeringspremie. De investeringen van een bedrijf zullen echter vaak hoger zijn dan die premiekor-

28 International Association of Insurance Supervisors, *Issues Paper on the Regulation and Supervision of Captive Insurance Companies*, 2006, p. 9 e.v.

29 F. Hale Stewart, *U.S. captive insurance law*, Bloomington: iUniverse 2011, p. 11.

30 International Association of Insurance Supervisors, *Issues Paper on the Regulation and Supervision of Captive Insurance Companies*, 2006, p. 13.

31 J.H.G. Louwman & H.B.A. Steens, *Risicomanagement: een beheersingsmodel*, Deventer: Kluwer 1994, p. 60.

32 J.D. Adkisson, *Captive insurance companies: An introduction to captives, closely-held insurance companies, and risk retention groups*, Lincoln: iUniverse 2006, p. 79-85, International Association of Insurance Supervisors, *Issues Paper on the Regulation and Supervision of Captive Insurance Companies*, 2006, p. 50. Zie over de zogenaamde 'off shore captives': A. van Fossen, *Risk havens: offshore Financial centres, Insurance cycles, the 'litigation explosion' and a social democratic alternative*, Social Legal Studies 2002, p. 503-521.

33 P. England, I.E. Druker & R.M. Keenan, 'Captive insurance companies: a growing alternative method of risk financing', *Journal of Payment Systems Law* 2007, p. 702.

34 W.J. van Breukelen e.a., 'Specifieke vormen en technieken van risicofinanciering en risico-overdacht', in: P.J.W. Duffhues (red.), *Financiering, belegging en verzekering: Convergentie van financiële markten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 88 en A. Diallo & S. Kim, 'Asymmetric information, captive insurers' formation, and managers' welfare', *Journal of risk and insurance* 1989, p. 233-252.

35 Zie over moreel risico M.G. Faure & W.H. van Boom, 'Hoe houdbaar zijn gedragsveronderstellingen in verzekeringsrecht en -economie?', in: W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht - Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJU 2008, p. 311 e.v.; M.G. Faure, 'Verzekeringen', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2007, p. 114 en L. Visscher, 'De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht', *AA* 2006, p. 486. Zie ook S. Shavell, 'On moral hazard and insurance', *Quarterly Journal of Economics*, p. 541-562.

36 L. Visscher, 'De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht', *AA* 2006, p. 486.

37 P. England, I.E. Druker & R.M. Keenan, 'Captive insurance companies: a growing alternative method of risk financing', *Journal of Payment Systems Law* 2007, p. 703.

38 International Association of Insurance Supervisors, *Issues Paper on the Regulation and Supervision of Captive Insurance Companies*, 2006, p. 12.

39 W.J. van Breukelen e.a., 'Specifieke vormen en technieken van risicofinanciering en risico-overdacht', in: P.J.W. Duffhues, *Financiering, belegging en verzekering: Convergentie van financiële markten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 91.

40 Vergelijk M.M. Porat e.a., 'Market insurance versus self insurance: the tax-differential treatment and its social cost', *Journal of Risk and Insurance* 1991, p. 664.

ting. In geval van een captive komen alle opbrengsten ten gevolge van investeringen in veiligheid, kwaliteit en schadepreventieve maatregelen bij de onderneming terecht.

Het werkt overigens ook andersom. In geval van een gewone verzekering wordt bij het niet nemen van schadepreventieve maatregelen door een onderneming de premie hoger, maar wordt dat hogere risico door de verzekeraar veelal uitgesmeerd over de premies van alle verzekerden (binnen een bepaalde groep). Bij een captive wordt een onderneming volledig geconfronteerd met de gevolgen van het niet nemen van voorzorgsmaatregelen.⁴¹ Dit geeft meer stimulansen aan de onderneming om dergelijke preventieve maatregelen te treffen, hetgeen belangrijk is in het kader van risicomanagement.

Ook vanuit de captive is er een sterk belang om de schadelast te drukken. Waar een gewone verzekeraar kan groeien en successen kan boeken door pr en reclame en het (aldus) aantrekken van meer verzekeringnemers, is groei bij een captive aan de orde als er minder hoeft te worden uitgekeerd en meer reserves worden opgebouwd (die kunnen worden geïnvesteerd). Dat zal het geval zijn bij veiligheids- en kwaliteitsmaatregelen binnen de verzekerde onderneming(en) en het beperkt houden van de risico's. Een captive zal daar dan ook op aansturen en duidelijk zicht willen houden op claims en schadecijfers.⁴² Hierbij is een belangrijk bijeffect van de toegang tot de herverzekeringmarkt dat de captive kan beschikken over de omvangrijke kennisbronnen van herverzekeraars. Aangezien herverzekeraars grote risico's verzekeren, investeren zij veel in het verzamelen en analyseren van informatie over deze risico's en de mogelijkheden om deze risico's te beheersen. Een captive kan de schadestatistieken en informatie van een herverzekeraar over maatregelen terzake veiligheid en kwaliteit binnen een bepaalde industrie rechtstreeks gebruiken om het niveau van risicobeheersing binnen het verzekerde bedrijf te verhogen.

Het probleem van het moreel risico doet zich dus minder voor in geval van een captive en daarnaast heeft een captive nog dezelfde instrumenten als een gewone verzekeraar om het moreel risico binnen de perken te houden.⁴³ Ook bij verzekering via een captive worden

dekkingsuitsluitingen, eigen risico's en maximaal verzekerde sommen gehanteerd.

Ook het probleem van averechtse selectie is bij een captive minder aan de orde.⁴⁴ Een commerciële verzekeraar verzekert vele ondernemingen met verschillende risico's. Aangezien met name bedrijven met slechte (hoge) risico's een prikkel hebben om zich te verzekeren, wordt de hoogte van de premie van verzekerden met goede (lage) risico's mogelijk negatief beïnvloed door de verzekerden met slechte risico's.⁴⁵ Verzekeraars trachten daarom verschillende risicogroepen met verschillende premies te onderscheiden en het probleem van averechtse selectie zo klein mogelijk te houden. Averechtse selectie kan echter nooit helemaal worden uitgebannen gezien de asymmetrische informatie tussen de verzekeraar en zijn verzekerden met betrekking tot de werkelijke risico's van een onderneming. De kosten van averechtse selectie worden verspreid over alle verzekerden.⁴⁶ Er wordt bij de premiestelling gekeken naar het gemiddelde risico binnen een groep verzekerden.⁴⁷ Aangezien een captive maar één bedrijf of een beperkt aantal bedrijven verzekert en bij de captive meer informatie over de werkzaamheden binnen het bedrijf en dus het werkelijke risico aanwezig is, is averechtse selectie niet of nauwelijks aan de orde. Een bedrijf loopt dan ook niet het risico te veel premie te betalen ten gevolge van schade(risico's) bij concurrenten.⁴⁸

5. Andere voordelen van een verzekeringscaptive

In geval van een verzekeringscaptive is er voorts meer flexibiliteit en maatwerk mogelijk bij het bepalen van de verzekeringsvoorwaarden en dekkingsuitsluitingen.⁴⁹ Een captive kan besluiten om voor enige uitsluitingen die door commerciële verzekeraars worden gehanteerd toch dekking te geven, voor zover door het verzekeringsrecht toegestaan (hierna meer daarover).

Aan het maatwerk is overigens wel een grens, aangezien de Hoge Raad in verband met de toepassing van belastingwetgeving heeft beslist dat de polisvoorwaarden marktconform dienen te zijn.⁵⁰ Tevens zullen herverzekeraars de vinger aan de pols houden en in geval

41 Zie in dit verband W. Lee & J.A. Ligon, 'Moral hazard in risk pooling arrangements', *Journal of Risk and Insurance* 2001, p. 175 e.v. en B.D. Smith & M. Stutzer, 'A theory of mutual formation and moral hazard with evidence from the history of the insurance industry', *Review of Financial Studies* 1995, p. 545 e.v.

42 J.D. Adkisson, *Captive insurance companies: An introduction to captives, closely-held insurance companies, and risk retention groups*, Lincoln: iUniverse 2006, p. 9.

43 Zie M.G. Faure, 'Verzekeringen', in: W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2007, p. 114 en L. Visscher, 'De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht', *AA* 2006 p. 487.

44 Zie over de consequenties van averechtse selectie M. Rothschild & J. Stiglitz, 'Equilibrium in competitive markets: an essay on the economics of imperfect information', *Quarterly Journal of Economics* 1976, p. 629-649.

45 M.G. Faure, 'Verzekeringen', in: W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2007, p. 115. Het kan zelfs leiden tot onverzekerbaarheid van het risico. G.L. Priest, 'The current insurance crisis and modern tort law', *Yale Law Journal* 1987, p. 1563 e.v.

46 Vergelijk M.M. Porat e.a., 'Market insurance versus self insurance: the tax-differential treatment and its social cost', *Journal of Risk and Insurance* 1991, p. 664.

47 L. Visscher, 'De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht', *AA* 2006, p. 487.

48 B.D. Pressman e.a., 'Alternative liability Insurance: Are you ready for a captive?', *Journal of the American College of Radiology* 2006, p. 196 en P.A. Bawcutt, *Captive insurance companies. Establishment, operation and management*, Cambridge: Woodhead-Faulkner 1991, p. 15-24. Zie ook J.D. Adkisson, *Captive insurance companies: An introduction to captives, closely-held insurance companies, and risk retention groups*, Lincoln: iUniverse 2006, p. 4-6.

49 W.J. van Breukelen e.a., 'Specifieke vormen en technieken van risicofinanciering en risico-overdacht', in: P.J.W. Duffhues, *Financiering, belegging en verzekering: Convergentie van financiële markten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 91.

50 HR 21 augustus 1985, BNB 1985/301; BNB 1985/302.

van zeer afwijkende voorwaarden het risico niet (meer) willen herverzekeren. Geregeld wordt door een direct verzekerende captive gebruik gemaakt van makelaarspolissen (aangezien makelaars vaak bij de oprichting en beheer van een captive zijn betrokken) en wordt aan de eis van marktconformiteit voldaan. De captive heeft ook een belang om uitzonderlijk ruime polisvoorwaarden te voorkomen, aangezien dan enerzijds de verzekerde niet wordt geprikkeld om risicobewust te zijn en anderzijds de captive een beroep op de polis niet kan afweren. Alleen als er een marktconforme polis is, kan de captive een solide financieel beleid voeren en het moreel risico bestrijden. Dit is uiteindelijk ook in het belang van de (gehele) onderneming. Als er gebruik wordt gemaakt van een frontende verzekeraar, dan zal die mogelijk bereid zijn om enige bijzondere clausules te hanteren, maar verder zijn eigen algemene verzekeringsvoorwaarden (die marktconform zijn) willen gebruiken.

Voorts kan een captive risico's verzekeren die bij een gewone verzekeraar moeilijk verzekeraar zijn, of louter tegen hoge premies en/of met veel uitsluitingen.⁵¹ Daarbij kan gedacht worden aan product-recallverzekeringen, maar ook aan aansprakelijkheid van producenten van medische producten, medische aansprakelijkheid, milieurisico's, kredietrisico's, nieuwe gezondheidsrisico's en bepaalde soorten bedrijfsschade.⁵² Dat is voor veel ondernemingen een belangrijke reden voor een captive, aangezien een andere wijze van risicofinanciering niet mogelijk is.

Ook is er meer vrijheid bij het afhandelen van claims. Er is meer zeggenschap over de manier waarop een claim wordt afgehandeld en ook over de uitkomst. In geval van een verzekering bij een gewone verzekeraar bepaalt de verzekeraar in grote mate de schaderegeling en zal zich daarbij onder meer door zijn eigen belang laten leiden. Bij een direct verzekerende captive is dat minder aan de orde. Indien de schadeafwikkeling door een frontende verzekeraar gebeurt, zal de zeggenschap van het bedrijf minder vergaand zijn. Bovendien is er hier ook een grens aan de vrijheid. De herverzekeraar zal bij ten onrechte uitkeren aan de bel trekken.

6. Drempels voor een captive

Een verzekeringscaptive is niet voor elke onderneming geschikt. De opstartkosten zijn hoog, er zijn operationele kosten en de captive dient aan dezelfde toezicht-eisen en financiële eisen te voldoen als een gewone (her)verzekeraar. Met de oprichting van een captive zijn kosten gemoeid, die variëren tussen de € 50.000 en € 150.000.⁵³ Er dient allereerst een haalbaarheidsstudie te worden

gedaan.⁵⁴ De kosten daarvan liggen gemiddeld op enige tienduizenden euro's. Indien de uitkomst daarvan positief is, dan start het proces van het aanvragen van een vergunning. Alle (her)verzekeringsmaatschappijen in Nederland en dus ook (her)verzekeringscaptives dienen namelijk over een vergunning van de Nederlandsche Bank (DNB) te beschikken (zie onder meer art. 2:26a, 2:26c en 2:26d Wft).⁵⁵ Tegelijkertijd moet onder andere de captive worden opgericht, een ondernemingsplan, financieel plan en statuten worden opgesteld, het management worden gezocht en geïnstalleerd, een accountant en een makelaar/risicomanagementadviseur worden betrokken, afspraken met de bank worden gemaakt (bankrekening enz.), en (bij een direct writing captive) conceptverzekeringspolissen worden vervaardigd dan wel (bij een herverzekeringscaptive) contacten met frontende verzekeraars worden gelegd. Met het proces van oprichting van een captive is minstens enige maanden gemoeid en in het algemeen ligt het tijdspad tussen de twaalf en achttien maanden. Daarbij zal men er in beginsel naar streven om de uiteindelijke verzekeringspolissen op 1 januari te laten ingaan en dus het proces (ruim) daarvoor te hebben afgerond.

Na de oprichting van de captive zijn er uiteraard de operationele kosten. Er dient een bestuurder van de captive te worden aangesteld die de captive vertegenwoordigt, de dagelijkse gang van zaken regelt, is belast met het beleid van de captive, en de contacten onderhoudt met de verzekerde bedrijven, verzekeraars, herverzekeraars, makelaars, de accountant, toezichthouders (DNB en AFM), enz. Binnen de onderneming zal immers geen kennis van en ervaring met verzekeren, de verzekeringsbranche, de verzekeringswetgeving en het hebben van een verzekeringsonderneming aanwezig zijn. Bij een captive die functioneert als directe verzekeraar zal daarnaast ook personeel aanwezig moeten zijn dat zich bezighoudt met schadeafhandeling en administratie. De maandelijkse operationele kosten zullen bij een herverzekeringscaptive op enige duizenden euro's liggen en bij een verzekeringscaptive op het twee- of driedovoudige.

Een captive dient daarnaast over eigen vermogen te beschikken, hetgeen door de moeder vennootschap moet worden verschaft. Deze gelden verdwijnen dan weliswaar niet uit de onderneming (het concern) maar de moeder vennootschap kan er niet meer over beschikken.⁵⁶ Aangezien een verzekeraar met een zetel in Nederland op grond van art. 3:20 Wft een naamloze vennootschap, onderlinge waarborgmaatschappij of Europese vennootschap moet zijn, dient een captive ook te voldoen aan de kapitaalvereisten die aan een dergelijke rechtsvorm worden gesteld. Aangezien een captive doorgaans zal (moeten) kiezen voor de rechtsvorm van de naamloze

51 J.R. Parkinson, *Captives and captive management for practitioners and owners*, London: Key Haven Publications 2002, p. 14-16 en J.T. Schmit & K. Roth, 'Cost effectiveness of risk management practices', *Journal of Risk and Insurance* 1990, p. 455 e.v..

52 International Association of Insurance Supervisors, *Issues Paper on the Regulation and Supervision of Captive Insurance Companies*, 2006, p. 13 en C.N.W. Scott & M.B. Adams, 'The captive insurance concept', *The Actuary* 1994, p. 29-30.

53 Vergelijk P. England, I.E. Druker & R.M. Keenan, 'Captive insurance companies: a growing alternative method of risk financing', *Journal of Payment Systems Law* 2007, p. 705.

54 W.J. van Breukelen e.a., 'Specifieke vormen en technieken van risicofinanciering en risico-overdracht', in: P.J.W. Duffhues (red.), *Financiering, belegging en verzekering: Convergentie van financiële markten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 94.

55 Vergelijk G.R. Boshuizen & B.H. Jager, *Tekst & Commentaar Verzekeringsrecht* 2010, art. 2:26a, 26c en 26d Wft, telkens aant. 1.

56 F. Hale Stewart, *U.S. captive insurance law*, Bloomington: iUniverse 2011, p. 5.

vennootschap, dient er een startkapitaal van minimaal € 45.000 te zijn. Hetzelfde geldt indien sprake is van een herverzekeringscaptive. Belangrijker zijn echter de bijzondere kapitaaleisen die aan (her)verzekeraars worden gesteld.

Een captive dient immers evenals gewone (her)verzekeraars te voldoen aan de prudentiële eisen van de Wft.⁵⁷ Bij een herverzekeringscaptive is een minimum eigen vermogen van € 1,2 mln. vereist (art. 49 lid 1 onderdeel b Besluit prudentiële regels Wft). Bij een captive die als directe verzekeraar optreedt, liggen deze eisen hoger. Bij een captive die direct schadeverzekeringen met de onderneming afsluit, moet een minimum eigen vermogen van € 2,5 mln. aanwezig zijn en in geval zo'n captive algemene aansprakelijkheidsverzekeringen in de portefeuille heeft, is het minimum eigen vermogen € 3,7 mln. (art. 3:53 Wft juncto art. 49 lid 1 onderdeel f en g Besluit prudentiële regels Wft). Daarnaast dienen (her)verzekeringscaptives te voldoen aan minimumsolvabiliteits-eisen (art. 59 e.v. Besluit prudentiële regels Wft). Voornoemde minimumvereisten worden nog aangescherpt, aangezien (her)verzekeraars – en dus ook (her)verzekeringscaptives – naar verwachting vanaf 1 januari 2014 moeten voldoen aan de Implementatiewet richtlijn solvabiliteit II (Stb. 2012, 679) en het in verband daarmee te wijzigen Besluit prudentiële regels Wft. Naast de daarin gestelde strengere eisen terzake het aanhouden van financiële buffers om aan verplichtingen jegens verzekerden te kunnen voldoen, gaan ook aangescherpte kwalitatieve eisen gelden (ter zake onder andere risicomanagement, governance, rapportages en interne audits).

Deze eisen zullen ondernemingen stimuleren om eerder te kiezen voor een herverzekeringscaptive dan voor een captive die als directe verzekeraar optreedt. Tevens worden ondernemingen door belastingvoordelen wellicht geprikkeld om een captive te vestigen in een land met een fiscaal gunstig klimaat. Via een bijkantoor in Nederland of via directe dienstverlening kan die captive dan in Nederland werkzaam zijn wanneer wordt voldaan aan de prudentiële eisen van de Wft die vergelijkbaar zijn met die voor hier te lande gevestigde captives.

Het is overigens de vraag of het wel redelijk is om aan commerciële verzekeraars en verzekeringscaptives dezelfde eisen op te leggen. Financiële problemen bij een captive zullen alleen de eigen onderneming raken en, in tegenstelling tot bij gewone verzekeraars, geen consumenten. Een aanpassing van het minimum eigen vermogen voor captives en een vereenvoudigd toezicht op captives in Nederland is mijns inziens wenselijk.⁵⁸ Dit zal Nederlandse bedrijven ook stimuleren om een captive in

Nederland en niet in een exotisch land op te richten en om bestaande Nederlandse captives niet naar andere landen te verhuizen.

Gezien de kosten van oprichting en instandhouding van een captive en de financiële vereisten, moet de moedermaatschappij (of de groep van ondernemingen die samen een captive oprichten) voldoende financiële draagkracht en een serieus verzekeringsbudget hebben, wil een captive de moeite waard zijn.⁵⁹ Of een captive een aantrekkelijk optie voor een bedrijf vormt, hangt af van verschillende factoren en van de aard, activiteiten en omvang van de onderneming. Er wordt echter wel als richtlijn gehanteerd dat een captive bij eenvoudige risico's (zoals het brandrisico en het transportrisico) en lage risico's (gezien de gemiddelde verliesstatistiek in de bedrijfstak) levensvatbaar is als het bedrijf ten minste € 500.000 aan premies per jaar voor haar schadeverzekeringen betaalt.⁶⁰ Indien er ook grote en ingewikkelde risico's zijn (bijvoorbeeld product recall) waar meer administratie aan te pas komt, moet het totale premievolume op ten minste € 750.000 – 1.000.000 per jaar liggen om de kosten van een captive te rechtvaardigen.

Dat betekent dat een captive met name voor een grotere onderneming aantrekkelijk zal kunnen zijn als instrument voor risicofinanciering aangezien dergelijke ondernemingen hoge bedragen aan verzekeringspremies kwijt zijn. Ook voor kleinere ondernemingen in dezelfde branche met gelijksoortige risico's (zowel qua soort als omvang) kan een (groeps)captive interessant zijn en een mogelijkheid geven om risico's te poolen tegen lagere premies. Een captive moet echter wel als een lange termijn methode voor risicomanagement en risicofinanciering worden gezien. Een captive moet worden opgericht voor een termijn van ten minste vijf á tien jaar.⁶¹ Pas na enkele jaren komen de voordelen van een captive op. Er moeten eerst reserves worden opgebouwd en de opstart- en overheadkosten worden er na enkele jaren pas (deels) uitgehaald.

Ten slotte dient erop gewezen te worden dat de risico's niet worden overgedragen aan een derde partij maar binnen de onderneming blijven.⁶² Wanneer zich veel en/of grote schadegevallen voordoen dan wel om andere redenen de captive in financiële problemen komt, dan kan dat grote gevolgen voor de gehele onderneming hebben, zeker als het bedrijf geen grote financiële buffers heeft. Daarbij is relevant dat een captive minder aan risicospreiding kan doen dan gewone verzekeraars. Als de onderneming slecht scoort ten opzichte van de gemiddelde verliesstatistiek, kan daarom beter voor de externe verzekeringsmarkt worden gekozen, tenzij het bovenge-

57 Vergelijk G.R. Boshuizen & B.H. Jager, *Verzekerd van toezicht, Regelgeving voor herverzekeraars, levensverzekeraars, natura-uitvaartverzekeraars en schadeverzekeraars op grond van de Wet op het financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 322.

58 E. Bloem, 'Heerlijk heldere captives', *De Beursbengel* maart 2009, p. 18-21.

59 W.J. van Breukelen e.a., 'Specifieke vormen en technieken van risicofinanciering en risico-overdracht', in: P.J.W. Duffhues (red.), *Financiering, belegging en verzekering: Convergentie van financiële markten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 92.

60 F. Hale Stewart, *U.S. captive insurance law*, Bloomington: iUniverse 2011, p. 5 en J.D. Adkisson, *Captive insurance companies: An introduction to captives, closely-held insurance companies, and risk retention groups*, Lincoln: iUniverse 2006, p. 25 and 46. Zie ook J.H.G. Louwman & H.B.A. Steens, *Risicomanagement: een beheersingsmodel*, Deventer: Kluwer 1994, p. 60.

61 F. Hale Stewart, *U.S. captive insurance law*, Bloomington: iUniverse 2011, p. 4.

62 G. Kloek, 'Risicofinanciering en risico-overdracht in de verzekeringssector', in: P.J.W. Duffhues (red.), *Financiering, belegging en verzekering: Convergentie van financiële markten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 75.

middelste risico van de onderneming moeilijk verzekeraar is en dan juist een captive een adequate oplossing vormt voor die risico's.⁶³

7. Verzekeringsrecht van toepassing op captive

Een captive die als direct writer optreedt, is niet alleen een verzekeraar in de zin van de toezichtwetgeving (Wft) maar – behoudens bij keuze, indien mogelijk, voor een ander rechtstelsel⁶⁴ – ook een verzekeraar als bedoeld in art. 7:925 BW. Alle in dit artikel genoemde elementen van verzekering zijn aanwezig: 'overeenkomst', 'premie', 'verbintenis tot het doen van een of meer uitkeringen' en 'onzekerheid ten aanzien van uitkering dan wel premiebetaling'. Ook wordt voldaan aan de definitie van art. 7:944 BW met betrekking tot schadeverzekeringen, nu de bij een captive afgesloten verzekeringen strekken tot vergoeding van vermogensschade die het verzekerde bedrijf zou kunnen leiden. Als gevolg daarvan zijn op de verzekeringsovereenkomsten die door een captive worden gesloten, de regels van verzekeringsrecht zoals neergelegd in titel 7.17 BW van toepassing. Dat is mijns inziens ook relevant om de efficiëntievoordelen van een captive te kunnen behalen en de mogelijkheid van een effectiever risicomanagement binnen de onderneming te kunnen realiseren.

De regels van titel 7.17 BW gelden overigens niet voor herverzekeraars (art. 7:927 BW) en dus ook niet voor herverzekeringscaptives. Wel kunnen herverzekeringsovereenkomsten mede worden uitgelegd in het licht van titel 7.17 BW. De regels zijn dan uiteraard wel rechtstreeks van toepassing op de frontende verzekeraar en geven de juridische verhouding tussen de verzekeringnemer (het bedrijf) en deze frontende verzekeraar.

De toepasselijkheid van titel 7.17 BW brengt bijvoorbeeld mee dat de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekering een mededelingsplicht heeft met betrekking tot relevante feiten (art. 7:928 e.v. BW). Nu zal 'verzwijging' bij een captive (veel) minder snel voorkomen dan bij een gewone verzekeraar gezien de sterkere band en de kortere lijn tussen een captive en de verzekeringnemer. Ook zal er eerder sprake zijn van verschoonbaarheid in de zin van art. 7:928 lid 4 BW ten aanzien van verzwegen feiten die de verzekeraar reeds kent of behoort te kennen. Binnen een groot concern kan er echter wel een grote afstand zijn tussen de verzekerde vennootschap en de captive. Dit is zeker het geval als er sprake is van gedecentraliseerde vennootschappen, hetgeen bij multinationals aan de orde kan zijn. Bijvoorbeeld een werkmatschappij in Hongarije of Korea die bij de Nederlandse captive een machinebreukverzekering of bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering afsluit. Een grotere afstand kan ook bij een groepscaptive aanwezig zijn. De captive moet dan, evenals een gewone verzekeraar, bij de premiestelling kunnen vertrouwen op de juistheid van de medegedeelde feiten. Ook speelt een rol dat de herverzekeraar

op de achtergrond zit en bij verkeerd ingeschatte risico's bij de captive aan de bel zal trekken. Het is dan waardevol dat de captive de sancties die staan op schending van de mededelingsplicht, namelijk opzegging (art. 7:929 BW) of (gedeeltelijke) weigering van de uitkering (art. 7:930 BW), kan inroepen. Alsdan wordt de verzekeringnemer geprikkeld om zorgvuldig te handelen en relevante feiten omtrent het risico mee te delen. Met andere woorden: het moreel risico wordt zo ook bestreden.⁶⁵

Een verzekeringscaptive kan – bij afwezigheid van een afwijkende regeling in de polis – ook eigen schuld in de zin van art. 7:952 BW (opzet en roekeloosheid) tegenwerpen aan een verzekerde. Bij de twee zwaarste vormen van opzet (opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn) zal een captive op grond van HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572 (Bierglas) zelfs nimmer dekking mogen geven. Dit is ook een goede zaak met het oog op het voorkomen van het moreel risico en het verstrekken van gedragsprikkels aan verzekerden om schade te voorkomen.

Eenzelfde redenering geldt voor de bereddingsplicht (art. 7:957 BW). Indien een verzekerde nalaat om redelijke maatregelen te nemen die (dreigende) schade kunnen voorkomen of beperken, dan kan de captive de uitkering verminderen met de schade die hij daardoor leidt. Dit geeft de verzekerde prikkels om die maatregelen te nemen en aldus wordt weer het moreel risico gereduceerd.⁶⁶

Voorts is premiebetaling nodig voor het kunnen voortbestaan van de captive. Bij in gebreke blijvende verzekeringnemers/vennootschappen (in andere landen dan wel bij groepscaptives) zal het voor een captive relevant zijn om zich te kunnen beroepen op opzegging of opschorting (art. 7:934 BW). Daarmee heeft hij een stok achter de deur die de verzekernemer zal stimuleren om tijdig te betalen. Juist bij een captive zou zich anders het risico voordoen dat een verzekeringnemer tijdige premiebetaling niet zo nauw neemt.

Ook samenloop van verzekeringen kan zich voordoen. Bijvoorbeeld een werknemer overkomt een ongeval waarbij werkmaterieel is betrokken en de gestelde aansprakelijkheid van de werkgever kan gedekt zijn op een bij de captive afgesloten aansprakelijkheidsverzekering bedrijven alsook op een werkmaterieelverzekering die bij een gewone verzekeraar is afgesloten. De verzekerde kan dan kiezen welke verzekeraar hij aanspreekt (art. 7:961 BW), maar na uitkering is onderling verhaal mogelijk. De aangesproken captive keert bijvoorbeeld uit namens de verzekerde werkgever en neemt regres op de werkmaterieelverzekeraar. Indien geen na-u-clausules met betrekking tot dat onderling verhaal in de polissen zijn opgenomen, dan valt men terug op de wettelijke regeling van art. 7:961 lid 3 BW. Deze wettelijke (en contractuele) samenloopregeling is ex post relevant voor de positie van de captive (mogelijke verdeling van de schade) maar gaat ex ante het moreel risico tegen. Het voorkomt

63 Vergelijk J.H.G. Louwman & H.B.A. Steens, *Risicomanagement: een beheersingsmodel*, Deventer: Kluwer 1994, p. 60.

64 Zie bijvoorbeeld M.E. Koppenol-Laforce, *Tekst & Commentaar Verzekeringsrecht* 2010, art. 3 Rome I, aant. 1.

65 L. Visscher, 'De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht', AA 2006, p. 490.

66 L. Visscher, 'De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht', AA 2006, p. 491.

dat een schade tot meerdere uitkeringen leidt en dat de verzekerde belang zou hebben bij het intreden van het verzekerde risico.⁶⁷

Toepasselijkheid van titel 7.17 BW op captives betekent ook dat een werknemer die na een arbeidsongeval de verzekerde werkgever wil aanspreken tot vergoeding van zijn letselschade, een beroep kan doen op de directe actie van art. 7:954 BW. Hij kan zich rechtstreeks tot de captive wenden als daar de aansprakelijkheidsverzekering is ondergebracht. Dit is vooral in het belang van de benadeelde, maar kan ook relevant zijn voor de captive en de onderneming. Zeker in geval van gedecentraliseerde bedrijven is het voordeel van een directe actie dat de captive meer en/of eerder zelf de regie over de schaderegeling heeft.

] 8. Conclusie

Ondanks dat er veel onbekend is over (her)verzekeringscaptives en bij veel aandeelhouders en risicomangers van bedrijven een verkeerd beeld over – en een zekere afkerigheid van – captives lijkt te bestaan, is er de laatste jaren wereldwijd een enorme groei van captives geweest. Dat valt te verklaren door de behoefte van (grote) ondernemingen aan risicomanagement- en risicofinancieringsmethoden – naast verzekering op de commerciële verze-

keringsmarkt – die efficiënt en effectief zijn. Er zijn ook daadwerkelijk mogelijkheden om via een (her)verzekeringscaptive efficiëntievoordelen te realiseren en tot effectiever risicomanagement te komen. Daarbij is van belang dat de problemen van moreel risico en averechtse selectie bij een captive zich minder snel voordoen. Dit heeft een positief effect op de kosten en het verwachte verlies van de onderneming en derhalve neemt de welvaart van de onderneming toe. Het verzekeringsovereenkomstenrecht (titel 7.17 BW) is mogelijk ook van toepassing op de captive en op de frontende verzekeraar en ondersteunt deze mogelijkheden. Er zijn echter drempels voor het realiseren van efficiëntievoordelen via een captive. De te verzekeren onderneming dient voldoende financiële buffers, een serieus premievolume en een lange termijn visie te hebben, wil een captive de welvaart van een onderneming kunnen vergroten. Dit komt echter – ofschoon de Nederlandse/Europese verzekeringstoezichtwetgeving naar mijn idee streng is voor direct writing captives – wel de kwaliteit van captives en het gevoerde risicomanagement ten goede en voorkomt misbruik van captives. Tevens moet er een commitment bij en binnen de onderneming zijn om schade te voorkomen, risico's te controleren en schadepreventieve maatregelen te treffen.

⁶⁷ L. Visscher, 'De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht', AA 2006, p. 489.